
Hindernisse auf dem Weg zur „wahrhaftigen“ Unionsbürgerschaft – Zu den strukturellen Grenzen der EuGH-Rechtsprechung

Daniel Thym*

Inhalt

I.	Einleitung	502
II.	Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft	503
III.	Rekonstruktion der Rechtsprechung zu Sozialleistungen	507
1.	Phasen der EuGH-Rechtsprechung	507
2.	„Dialog“ mit dem Gesetzgeber	508
a)	Erweiterte Auslegungsfreiheit	509
b)	Kontinuität als dogmatisches Argument	510
3.	Verhältnis zu den Mitgliedstaaten	511
a)	Kontrolldichte im Freizügigkeitsrecht	512
b)	Rücksichtnahme auf das nationale Wirtschafts- und Sozialmodell	513
IV.	Ein neues „Streitfeld“: drittstaatsangehörige Familienmitglieder	514
1.	Bürgerschaft jenseits des Marktes	515
2.	Gefährdung der föderalen Machtbalance	518
3.	Verhältnis zum (EU-)Gesetzgeber	519
V.	Zwischenstationen zur „wahrhaftigen Bürgerschaft“?	521
VI.	Fazit	523

* Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London) ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht und Kodirektor des Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht an der Universität Konstanz.

I. Einleitung

Es ist keine neue Erkenntnis, dass die europäische Integration als Prozess der Konstitutionalisierung durch den EuGH beschrieben werden kann.¹ Vor diesem Hintergrund war durchaus zu erwarten, dass Luxemburg das Potenzial der Unionsbürgerschaft austesten würde. Es wäre naiv gewesen, wenn die Redakteure des Vertrags von Maastricht davon ausgegangen wären, dass der neue Status eine leere normative Hülle bleiben würde.² Zugleich war wegen des hohen Abstraktionsgrads der Vertragsvorschriften unvermeidlich, dass richterliche Innovationen auf Kritik stoßen würden. Der vorliegende Beitrag analysiert die widerstreitenden Kräfte, die innerhalb des EU-Verfassungsgefüges auf den Gerichtshof einwirken, und verdeutlicht hierdurch strukturelle Grenzen des richterlichen Ausbaus der Unionsbürgerschaft zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft.

Gegenstand des Beitrags ist die Stärkung der Unionsbürgerschaft durch den EuGH, nicht deren Fortentwicklung durch den Vertrag³ oder Gesetzgeber.⁴ Für diese Bewertung der Rechtsprechung dient nachfolgend die Rückwirkung auf die horizontale und vertikale Gewaltenteilung als Bewertungsmaßstab,⁵ weil hierdurch die Rückwirkungen der Judikatur auf das Gesamtverfassungsgefüge greifbar gemacht werden. Dieser doppelte Bewertungsmaßstab prägt die Rolle von (Verfassungs-)Gerichten in den meisten föderalen Regimen: Während die Interaktion mit der Gesetzgebung den klassischen Gegenpart der (Verfassungs-) Gerichtsbarkeit bezeichnet und im Fall des EuGH erst jüngst vermehrt beachtet wird, war die föderale Machtbalance zwischen der Union und den Mitgliedstaaten für den EuGH immer eine große Herausforderung.⁶ Der doppelte Blickwinkel der horizontalen und vertikalen Machtbalance verdeutlicht die Grenzen der richterlichen Innovationskraft von „außen“. Nur gestreift wird die „innere“ Überzeugungskraft der EuGH-Rechtsprechung zur

¹ Klassisch *Weiler*, The Transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1990/91), S. 2410-2483.

² Vor den ersten Urteilen ebenso *Shaw*, Citizenship of the Union, in: Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. VI-1, 1998, S. 278-96; *Tomuschat*, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexl u.a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, S. 75.

³ Bereits zur Geltung des Vertrags von Maastricht ermöglichte der heutige Art. 25 AEUV den Ausbau im Weg der vereinfachten Vertragsänderung (zum Annahmeverfahren vgl. BVerfGE 123, 267 (412) – *Lissabon*); eine Möglichkeit, die bis heute nicht ernsthaft erwogen wurde.

⁴ Etwa bei der Debatte um die inhaltliche Ausgestaltung der Bürgerinitiative nach Art. 24 AEUV oder beim Rechtsrahmen für politische Parteien nach Art. 224 AEUV.

⁵ Ähnlich *Lenaerts*, in: Adams u.a. (Hrsg.), Judging Europe's Judges, 2013 (i.E.).

⁶ Vgl. *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, §§ 6-8; *Rosenfeld*, Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court, ICON 4 (2006), S. 618-651.

Unionsbürgerschaft sowie dem Freizügigkeitsrecht aus dogmatischer Perspektive,⁷ die im Zentrum zahlreicher früherer Literaturbeiträge steht.⁸

Der Gedankengang wird in vier Schritten entfaltet. Zuerst erinnert eine kurze Rückschau auf die Entstehungsgeschichte an den Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft; erst hierdurch kann die teleologische Grundierung der späteren Judikatur besser eingeordnet werden (II.). Es folgt eine kritische Rekonstruktion der umstrittenen EuGH-Rechtsprechung über den Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen (III.). Anders als im Fall der Sozialleistungen harrt das Streitfeld der Gegenwart einer Ausbalancierung mit Blick auf die föderale und vertikale Machtbalance; dies zeigen verschiedene Urteile zum Rechtsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern (IV.). Auf dieser Grundlage wird deutlich, warum strukturelle Hindernisse die richterliche Entwicklung einer „wahrhaftigen“ Bürgerschaft erschweren (V.).

II. Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft

Es wäre falsch, die Geschichte der Unionsbürgerschaft im Jahr 1992 mit dem Vertrag von Maastricht oder im Jahr 1998 mit dem Urteil *Martínez Sala* beginnen zu lassen. Die EU-Integration beinhaltet von Anfang an ein überschießendes, bürgerschaftliches Element, das über die Zielvorgabe einer Wirtschaftsgemeinschaft hinausreichte. Dieses überschießende, politische Element findet im heutigen Unionsbürgerstatus eine primärrechtliche Ausprägung.

Was meine ich damit? Die Besonderheit des EU-Ansatzes zeigt bereits ein Vergleich mit der regionalen Wirtschaftsintegration außerhalb Europas. Die meisten Freihandelsabkommen konzentrieren sich auf Waren und Dienstleistungen und umfassen allenfalls rudimentäre Vorschriften zum Personenverkehr.⁹ Gleiches gilt auf Weltenebene für das GATS, das ausweislich einer rechtverbindlichen Anlage das Einreise- und Aufenthaltsrecht der Vertragsstaaten im Grundsatz unberührt lässt.¹⁰ Wichtigster Grund für diese Asymmetrie der Wirtschaftsliberalisierung sind unterschiedliche

⁷ Zu deren Bedeutung allgemein von *Bogdandy/Venzke*, On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking, *GLJ* 12 (2011), S. 1344-1351.

⁸ Statt vieler *Hailbronner*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystem, *JZ* 2005, S. 1138-1144; *Wollenschläger*, Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes, *ZEuS* 2009, S. 1-52; zur neueren Rechtsprechung *Hailbronner/Thym*, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, *NJW* 2011, S. 2008-2013.

⁹ Ausführlicher zu NAFTA, MERCOSUR, ANDEAN, CAFTA und ECOWAS die Beiträge von *Flores-Macias*, *Santestevan* und *Martens*, in: Cholewinski u.a. (Hrsg.), *International Migration Law*, 2007.

¹⁰ Vgl. den Wortlaut der Anlage in *ABl. L* 336 v. 23.12.1994, S. 217; *Tietje/Nowrot*, Stand und Perspektiven der Liberalisierung der Regelungen zum temporären Aufenthalt natürlicher ausländischer Personen nach dem GATS, *ZAR* 2007, S. 213-222.

Folgewirkungen: Während ein Warenimport in erster Linie wirtschaftliche Auswirkungen zeitigt, berührt die Personenfreizügigkeit die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung und besitzt damit eine ausgeprägte sozialpolitische, gesellschaftliche und innenpolitische Dimension. Wegen dieser Gemengelage sind die Staaten nicht bereit, den grenzüberschreitenden Personenverkehr einer ökonomischen Liberalisierungslogik zu unterwerfen.¹¹

Europa ist jedoch anders. Der Gemeinsame Markt umfasste von Anfang an eine personale Dimension. Grundlage sind die bekannten Vorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Römischen Verträgen. Wie kam es zur Aufnahme dieser Vorschriften? Ein Blick in die Entstehungsgeschichte zeigt, dass Italien seit Ende der 1940er-Jahre bei verschiedenen Verhandlungen konsequent deren Einführung forderte, weil es die Personenfreizügigkeit als Instrument betrachtete, um die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und die Zahlungsbilanz durch Rücküberweisungen auszubalancieren.¹² Die anderen Mitgliedstaaten zögerten, leisteten am Ende jedoch keinen entscheidenden Widerstand.¹³ Bei der Ausgestaltung der Sekundärrechtsakte zur Umsetzung des Vertrags in den 1960er-Jahren unterstützten sie sodann gemeinsam die proaktive Ausgestaltung über die Vorgaben des Primärrechts hinaus¹⁴ und lieferten dem EuGH eine Steilvorlage für eine expansive Auslegung in den 1970er- und 1980er-Jahren.¹⁵

Bereits in einem frühen Stadium zeigte die Diskussion, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht nur ökonomische Ziele verfolgte. Es ging nur partiell um eine wirtschaftliche Liberalisierungslogik durch die „Beweglichkeit eines wesentlichen Produktionsfaktors“¹⁶ im Binnenmarkt mit dem Ziel optimaler Ressourcenallokation. Daneben besaßen bei der Diskussion der Römischen Verträge von Anfang an sozialpolitische Erwägungen ein Gewicht,¹⁷ die bei der Ausgestaltung des Sekundärrechts

¹¹ Siehe *Hollifield*, Migration and the „New“ International Order, in: Ghosh (Hrsg.), *Managing Migration, Time for a New International Regime?*, 2000, S. 94 ff.; *de lege ferenda* für eine modifizierende Erstreckung *Trachtman*, *The International Law of Economic Migration*, 2009.

¹² Ausführlich hierzu *Goedings*, *Labor Migration in an Integrating Europe*, 2005, Kap. 1 und 2 (speziell S. 117-135 zu den Römischen Verträgen).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, S. 139 ff. zeichnet die Rechtsetzungsrunden in den 1960er-Jahren nach, welche die sozialrechtliche Gleichbehandlung klarstellten, Aufenthaltsvorschriften sowie den Ordre-Public-Vorbehalt konkretisierten und den Familiennachzug (der im Vertrag gar nicht erwähnt ist) überaus großzügig regelten.

¹⁵ Näher, auch zum Streit um die Reichweite der passiven Dienstleistungsfreiheit *Evans*, *European Citizenship*, *ML Rev.* 45 (1982), S. 502-510.

¹⁶ *Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 637.

¹⁷ Vgl. das 3. Kapitel des Teil III des „Spaak-Berichts“: *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères* (1956), <http://www.ena.lu> (3.12.2012), wobei die sozialpolitische Gleichstellung zugleich der Sorge der Zielstaaten vor zu viel Zuwanderung begegnen sollte, wenn Migranten den Anstellungsvorteil geringerer Löhne verlieren; zugleich bezeichnet der Bericht Personen als „Produktionsfaktoren“.

gestärkt wurden. Unionsbürger sollten nicht mit der marxistischen Kritik als „industrielle Reservearmee“¹⁸ den Wirtschaftsinteressen dienen, sondern ihre Lebens- und Arbeitsbedingungen durch Migration verbessern.¹⁹ In der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war die Marktbürgerschaft bis zu einem gewissen Grad immer auch Sozialbürgerschaft.²⁰

Ein wichtiger Grund für die expansive Ausgestaltung der Personenfreizügigkeit in Europa war die offene Finalität des Integrationsprozesses, der die wirtschaftliche Entwicklung in den Worten des Schuman-Plans als „erste Etappe der europäischen Föderation“²¹ verstand, mit dem Ziel eines „immer engeren Zusammenschluss[es] der europäischen Völker.“²² Sinn und Zweck der Personenfreizügigkeit war immer auch die Begründung einer supranationalen Gemeinschaft, die sich auf die Bürger als Rechtssubjekt stützt.²³ Aus der Perspektive allgemeiner Diskurse umfasste die Arbeitnehmerfreizügigkeit bereits den Anspruch des späteren Vertrags von Maastricht,²⁴ der beabsichtigte, mit der Unionsbürgerschaft „zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band [zu knüpfen], das [...] dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit [...] einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht.“²⁵ Freizügigkeit war immer auch ein Instrument zur langfristigen politischen Integration des Kontinents.²⁶

¹⁸ Hierzu *Treibel*, Migration in modernen Gesellschaften, 3. Aufl. 2003, S. 117 f.

¹⁹ Anschaulich die Erwägungsgründe 4 und 6 VO 492/2011 (ABl. L 141 v. 27.5.2011, S. 1) als Nachfolger der früheren VO 1612/68 (ABl. L 257 v. 7.12.1968, S. 2).

²⁰ Weiterführend *Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR Beiheft 1/2007, S. 43-74; *Giubboni*, Free Movement of Persons and European Solidarity, ELJ 13 (2007), S. 360-379.

²¹ So der Schuman-Plan gemäß der Erklärung der französischen Regierung über eine gemeinsame deutsch-französische Schwerindustrie vom 9.5.1950.

²² Erwägungsgrund 1 der Präambel des EWG-Vertrags (1957) sowie des AEUV (2009).

²³ Bei der Redaktion der Vertragsvorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit spielten politische Visionen keine zentrale Rolle, da technisch-bürokratische Fragestellungen dominierten (vgl. die vorstehenden Verweise) – ganz anders jedoch die politische Rechtfertigung der Verträge gegenüber der Öffentlichkeit – etwa in BT-Drs. II/3440, S. 107 f. – sowie die generellen Europa-Entwürfe der (Nach-)Kriegszeit, deren bürgerschaftliche Dimension *Rabenschlag*, Leitbilder der Unionsbürgerschaft, 2009, S. 28-43, nachzeichnet.

²⁴ Die bürgerschaftliche Dimension speziell der Arbeitnehmerfreizügigkeit betonen zu einem frühen Zeitpunkt die EU-Kommission nach *Evans*, (Fn. 15), S. 499-504; sowie allgemein *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 25 ff.; *Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970; in der Rückschau *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 614 f.

²⁵ BVerfGE 89, 155 (184) – *Maastricht*; im Subtext negativer BVerfGE 123, 267 (404-406) – *Lissabon*.

²⁶ Hierbei handelt es sich um eine überschießende, rechtliche Zielvorgabe, die keine Entsprechung in einer empirisch-soziologisch messbaren bürgerschaftlichen Solidarität und Identität der Unionsbürger finden muss; hierzu statt vieler *Delanty*, European Citizenship: A Critical Assessment, Citizenship Studies 11 (2007), S. 63-72.

Eben diese überschießende Zielsetzung tritt in den 1970er-Jahren in den Vordergrund, als der Europäische Rat, die Kommission und die Versammlung mit den Schlagwörtern eines „Europa der Bürger“ und der „Europäischen Identität“ über den Übergang zur Europäischen Union unter Einschluss von Bürgerrechten diskutierten.²⁷ Symbolisch findet die Diskussion in der Direktwahl des Europäischen Parlaments durch die Bürgerinnen und Bürger einen Ausdruck, die den Verträgen von Anfang an als Vision zu Grunde lag²⁸ – und im Jahr 1979 realisiert wurde. Bis heute begründet das Wahlrecht eine zentrale Stütze der Unionsbürgerschaft,²⁹ die der Vertrag von Maastricht auch in Reaktion auf die Diskussionen um das Europa der Bürger und das Demokratiedefizit einführte.³⁰ Der Vertrag von Lissabon unterstreicht mit der Bekräftigung der repräsentativen Demokratie mit dem Europäischen Parlament als Bürgervertretung,³¹ dass die Unionsbürgerschaft ihrem Anspruch nach eine Anleihe bei klassischen Bürgerschaftskonzepten nebst politisch-republikanischer Teilhabe nimmt.³²

Was folgt hieraus für unsere Zwecke? Ihrer Zielrichtung nach war die Unionsbürgerschaft immer mehr als die Summe der im Vertrag verankerten Rechte. Sie enthielt von Anfang an eine auf die Zukunft gerichtete Teleologie, die der Europäischen Union ein bürgerschaftliches Fundament verleihen sollte, das nach der Hoffnung des Vertraggebers schrittweise entstehen sollte. Eben diese Zielrichtung mag der EuGH durch die beschwörende Wiederholung der im Deutschen spröden Formel³³ von der

²⁷ Treffen der Staats- und Regierungschefs (Europäischer Rat) in Paris am 9./10.12.1974, Bulletin der Europäischen Gemeinschaft Nr. 12 (1974), S. 7 ff., Nr. 10 ff.; *Tindemans*, Bericht über die Europäische Union an den Europäischen Rat vom 29. Dezember 1975, EA 1976, D53-84; Europäisches Parlament, Entschließung zur Zuerkennung besonderer Rechte an die Bürger der Europäischen Gemeinschaft in Durchführung des Beschlusses der Gipfelkonferenz von Paris vom Dezember 1974 (Punkt 11 des Schlusskommunikés), ABl. C 299 v. 12.12.1977, S. 26; zum Hintergrund *Maas*, *Creating European Citizens*, 2007, Kap. 2, S. 29-43.

²⁸ Die Umsetzung der Rechtsgrundlage des Art. 137 Abs. 3 EWGV (1957) scheiterte lange Jahre am Widerstand Frankreichs (vgl. etwa den EP-Entwurf eines Wahlrechts vom 17.5.1960, ABl. 1960 P 834); eine (nationale) Direktwahl war bereits in Art. 21 UAbs. 3 EGKS (1951) angedacht.

²⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 2 AEUV, wobei die geringe Wahlbeteiligung zugleich die Defizite der Bürgeridentifikation zeigt.

³⁰ Ausführlicher *Wiener*, *Building Institutions, The Developing Practice of European Citizenship*, 1998, S. 125-210; *Magnette*, *La Citoyenneté Européenne*, 1999, S. 125-152; *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, 2007, S. 90-101.

³¹ Siehe Art. 10 Abs. 1 und 2 sowie Art. 11 EUV.

³² Zu Chancen und Grenzen eines Ausbaus demokratischer Teilhabe auf Grundlage der Unionsbürgerschaft siehe *Callies*, Bürgerrechte als Ersatz für die Demokratie, in: Franzius u.a. (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, S. 247-255; *Shaw*, *Citizenship*, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. 2011, S. 605-608.

³³ In der französischen Formulierung „*a vocation à être*“ (Englisch je nach Urteil: „*is destined/intended to be*“) statt „ist bestimmt“ wird der zukunftsgerichtete, entwicklungs offene Charakter sprachlich wenigstens angedeutet.

Unionsbürgerschaft als „grundlegendem Status“³⁴ ausdrücken wollen. Die überschießende Teleologie erklärt zugleich, warum die Unionsbürgerschaft seit ihrer Einführung kontrovers diskutiert wird. Sie dient als Projektionsfläche für unterschiedliche Sichtweisen über Ziel und Ausrichtung des Integrationsprozesses³⁵ – bei Kritikern ebenso wie beim EuGH.

III. Rekonstruktion der Rechtsprechung zu Sozialleistungen

Ziel des Beitrags ist keine Rekapitulation der Leiturteile zur Unionsbürgerschaft, sondern eine bewertende Rekonstruktion aus der Perspektive der Gegenwart. Zur Verwirklichung dieses Ziels dient – wie in der Einleitung beschrieben – ein doppelter Bewertungsmaßstab, der nach den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die horizontale und vertikale Gewaltenteilung fragt. Hierbei zeigt sich, dass die EuGH-Rechtsprechung zu Sozialleistungen jedenfalls in der Rückschau keineswegs so dramatisch ist wie es bisweilen den Anschein hatte. Dieses versöhnliche Fazit erkennt keineswegs die Mischung aus Überraschung, Fassungslosigkeit und Kritik, die frühe Urteile vor allem auch wegen der zweifelhaften dogmatischen Argumentation hervorriefen.³⁶ Mit der zeitlichen Distanz wird freilich der Blick frei auf die Grenzen der Rechtsprechung. Der EuGH ist trotz aller Innovationsfreude bemüht, die Auswirkungen auf die horizontale und vertikale Machtbalance im Blick zu halten.

1. Phasen der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH stützt seine Rechtsprechung bekanntlich auf eine doppelte dogmatische Innovation. Erstens erstreckt er das Diskriminierungsverbot im heutigen Art. 18 AEUV auf nahezu jeden Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug.³⁷ Zweitens baut er das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV zur „Grundfreiheit ohne Markt“ aus.³⁸ Dies ermöglicht es ihm unter anderem, die im Sekundärrecht vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen des Freizügigkeitsrechts der primärrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen.³⁹

³⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelezyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 31.

³⁵ Ähnlich zum allgemeinen Einsatz des Europarechts als Instrument des Wandels *von Bogdandy*, A Bird's Eye View on the Science of European Law, *ELJ* 6 (2000), S. 224.

³⁶ Vgl. etwa *Tomuschat*, Case C-86/96, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, *CML Rev.* 37 (2000), S. 449-457.

³⁷ Vgl. die ausführliche Schilderung bei *Kadelbach*, (Fn. 24), S. 635-639.

³⁸ Ausführlich *Wollenschläger*, (Fn. 30), S. 126 ff.

³⁹ Hierzu *Dougan*, in: Adams u.a., (Fn. 5); *Calliess*, *Der Unionsbürger*, *EuR Beiheft* 1/2007, S. 23-37.

All dies war überaus gewagt und wurde teils heftig kritisiert.⁴⁰ Für meine Bewertung im Licht der vertikalen und horizontalen Machtbalance ist jedoch die Einsicht zentral, dass der EU-Gesetzgeber dem EuGH bereitwillig folgte, als er in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG ein sachlich umfassendes Diskriminierungsverbot niederlegte. Artikel 24 Abs. 1 der Richtlinie sanktioniert die EuGH-Rechtsprechung.⁴¹ Einzig in zwei Punkten beharrten die Mitgliedstaaten auf ihrer früheren Position. Gemäß Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie erfasst der Gleichbehandlungsanspruch keine Studiendarlehen und schließt Arbeitsuchende von der Sozialhilfe aus.

Nun stand durchaus die Erwartung im Raum, dass der EuGH sich über diese verbleibenden sekundärrechtlichen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsanspruch hinsichtlich Sozialleistungen hinwegsetzt. Dies geschieht jedoch nicht. Zur Überraschung vieler anerkennt der Gerichtshof im „Förster“-Urteil 2008 den 5-Jahres-Zeitraum für den Ausschluss von Studiendarlehen.⁴² Kurze Zeit später geht der Gerichtshof bei der Sozialhilfe für Arbeitsuchende im „Vatsouras“-Urteil gleichfalls einen Schritt auf die Mitgliedstaaten zu, auch wenn er sich ein Hintertürchen offen hält, das in Deutschland bis heute für Verwirrung sorgt.⁴³

2. „Dialog“ mit dem Gesetzgeber

Mit Blick auf die Interaktion von Gesetzgeber und EuGH beim Zugang zu Sozialleistungen kann man den vorläufigen Schluss ziehen, dass der EuGH nicht nur Aktivist ist, sondern sein Umfeld genau beobachtet und sich im entscheidenden Augenblick zurückziehen bereit ist.⁴⁴ Man kann durchaus von einem „Dialog“ mit dem Gesetzgeber sprechen. Die Metapher des Dialogs sollte man freilich aus einem einfachen Grund nicht überstrapazieren: Es gibt strukturelle Ursachen, warum der EuGH in der Rechtswirklichkeit im Vergleich zum Gesetzgeber am längeren Hebel sitzt. Bei deren Identifikation helfen die Sozialwissenschaft sowie die Rechtsdogmatik.

⁴⁰ Die prominenteste Kritik stammt von *Hailbronner*, (Fn. 8).

⁴¹ Ausführlicher *Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 227 f.

⁴² Siehe EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507; *Semmelmann*, Die Grenzen der Unionsbürgerschaft im Urteil Förster, EuR 2009, S. 689-91.

⁴³ Näher EuGH, verb. Rs. C-22/08 und C-23/08, *Vatsouras*, Slg. 2009, I-4585; *Verschueren*, Do National Activation Measures Stand the Test of European Law on the Free Movement of Workers and Jobseekers?, EJML 12 (2010), S. 81-103.

⁴⁴ In diesem Sinn etwa *Dougan*, Judicial Activism or Constitutional Interaction?, in: Micklitz/de Witte (Hrsg.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2012, S. 139-146; *Ross*, The Struggle for EU Citizenship, in: Arnall et al. (Hrsg.), *A Constitutional Order of States?*, Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood, 2011, S. 289-293; *Steven*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, 2011, Kap. 3.

a) Erweiterte Auslegungsfreiheit

Wenn man die Rechtsprechung zu Sozialleistungen auf Grundlage der Prinzipal-Agent-Theorie der Sozialwissenschaft betrachtet, tritt die Schwäche des Gesetzgebers hervor. Gefragt wird hierbei nach dem Verhältnis zwischen Auftraggeber (Prinzipal) und Beauftragten (Agenten) in einer Zweierbeziehung, die durch die Delegation von Entscheidungsbefugnissen geprägt ist. Wenn man hiernach den Gerichtshof als Beauftragten der Mitgliedstaaten bzw. des EU-Gesetzgebers zur Auslegung der EU-Verträge bzw. des Sekundärrechts begriff, können die Auftraggeber die richterlichen Entscheidungen auf zwei Wegen kontrollieren: entweder im Wege der „Ex-ante“-Kontrolle bei der Redaktion neuer Rechtsakte oder bei der „Ex-post“-Kontrolle durch eine Gesetzesänderung in Reaktion auf die Rechtsprechung.⁴⁵ Nun sind beide Kontrollwege in der EU zulasten der Legislative eingeschränkt (ganz abgesehen davon, dass der EuGH immer auch die Primärrechtskonformität des Sekundärrechts überprüfen kann und eine Vertragsänderung in Reaktion auf EuGH-Rechtsprechung im Regelfall illusorisch sein dürfte). Warum sitzt der EuGH am längeren Hebel?

Erstens wird die „Ex-ante“-Kontrolle durch Formelkompromisse erschwert, die EU-Rechtsakte in der Tradition diplomatischer Verhandlungen kennzeichnen.⁴⁶ Hinzu kommt die weitgehende Abwesenheit feststehender dogmatischer Strukturen.⁴⁷ Der EU-Gesetzgeber macht dem EuGH zumeist keine eindeutigen Vorgaben. Eben dies veranschaulicht die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG mit all ihren Widersprüchlichkeiten und Formelkompromissen – etwa der Verweis auf die „nicht unangemessen[e]“⁴⁸ Inanspruchnahme von Sozialleistungen als Grenze der Freizügigkeit. Mit solchen vagen Formulierungen umgeht der Gesetzgeber eine klare Positionierung und delegiert die Auslegung an den EuGH.⁴⁹ Tatsächlich gab es nur zwei Fälle, in denen der Gesetzgeber klare Grenzen einzog, nämlich die Ausnahmen des Art. 24 Abs. 2. In eben diesen beiden Fällen ließ der Gerichtshof dem Gesetzgeber den Vorrang. Diese Rücksicht ändert jedoch nichts daran, dass in den meisten anderen Fällen die „Ex-ante“-Kontrolle nur begrenzt wirkt.

Zweitens ist auch die „Ex-post“-Kontrolle des EuGH im Wege der Gesetzesänderung schwierig, weil die Mitgliedstaaten zumeist asymmetrisch von Urteilen betroffen sind. Was A wichtig ist, mag B nicht zur Unterstützung eines Änderungsantrags motivieren (wie das erfolglose Unterfangen einiger Mitgliedstaaten zur Änderung der

⁴⁵ Vgl. *Stone Sweet*, The European Court of Justice, in: Craig/de Búrca, (Fn. 32), S. 126-128.

⁴⁶ Sinngemäß mit Blick auf Redaktionsdefizite *Sharpston*, Transparency and Clear Legal Language in the European Union, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 12 (2009-2010), S. 411-412.

⁴⁷ Siehe *von Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 2008, S. 780-782.

⁴⁸ Art. 14 Abs. 1 Freizügigkeits-RL 2004/38/EG, ABl. L 158 v. 30.4.2004, S. 77.

⁴⁹ Ausführlich zu den unklaren Formulierungen der Richtlinie *Hailbronner*, (Fn. 8), S. 1141-1143.

Freizügigkeits-Richtlinie in Reaktion auf das „Metock“-Urteil zeigt⁵⁰). Und selbst wenn der Gerichtshof bei der Rechtsprechung auf politische Befindlichkeiten Rücksicht nehmen wollte, ist dies schwierig, weil Luxemburg mit 27 öffentlichen Meinungen und politischen Systemen konfrontiert ist.⁵¹ Wohlgedenkt: Ich behaupte nicht, dass der Gerichtshof auf jede populistische Kritik reagieren sollte;⁵² es geht mir in erster Linie um die Benennung von strukturellen Gründen, warum der Dialog mit dem Gesetzgeber nur auf der formal-juristischen Ebene ein Dialog unter Gleichen ist. In der Praxis besitzt der EuGH ein Übergewicht.

b) Kontinuität als dogmatisches Argument

In seinen jüngeren Urteilen zur Unionsbürgerschaft verwendet der EuGH eine neue dogmatische Figur. Wenn die Richter mit einer Änderung des Sekundärrechts konfrontiert sind, die Rückwirkungen auf frühere Urteile entfalten könnte, optiert Luxemburg für Kontinuität. Das Argument wurde erstmals im „Metock“-Urteil verwandt, als der EuGH seine frühere Annahme widerrief, dass das Sekundärrecht den erstmaligen Gebietszugang von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern nicht regelt. Unklare Formulierungen in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG wischt der EuGH mit einer simplen Teleologie beiseite: Die Richtlinie bezwecke die Stärkung der Unionsbürgerrechte, „so dass es nicht in Betracht kommt, dass die Unionsbürger aus dieser Richtlinie weniger Rechte ableiten als aus den Sekundärrechtsakten, die sie ändert oder aufhebt.“⁵³

Ganz ähnlich die Urteile *Teixeira* und *Ibrahim*,⁵⁴ nach Maßgabe derer unklare Formulierungen in der Freizügigkeit-Richtlinie 2004/38/EG nicht so ausgelegt werden können, dass sie frühere Urteile zur Verordnung 1612/68 über den Lebensunterhalt von Kindern von Wanderarbeitnehmern nach der Ausreise des Elternteils aufheben (ein Ergebnis, das dogmatisch in beiden Fällen im Ergebnis gut verteidigt werden kann⁵⁵). Erneut stützt sich der Gerichtshof hierbei jedoch auf die Annahme, dass

⁵⁰ Das Urteil basiert größtenteils auf einer Auslegung des Sekundärrechts (nicht des Primärrechts); die betroffenen (kleinen) Mitgliedstaaten, insb. Dänemark und Österreich, konnten die Kommission nicht zur Vorlage eines Änderungsvorschlags überzeugen, sodass Parlament und Rat die Zweckmäßigkeit einer Änderung offiziell nicht diskutieren konnten.

⁵¹ Für eine scharfe Kritik siehe *Scharpf*, Legitimacy in the Multilevel European Polity, *European Political Science Review* 1 (2009), S. 188-198.

⁵² Im Grundsatz zutreffend Editorial Comment: The Court of Justice in the Limelight – Again, *CML Rev.* 45 (2008), S. 1576 f.; es erscheint jedoch wünschenswert, dass die EU-Gesetzgebungsorgane offiziell über die Zweckmäßigkeit auch populistischer Änderungen beraten (und diese ggf. ablehnen).

⁵³ EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241, Rdnr. 59.

⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-480/08, *Teixeira*, Slg. 2010, I-1107, Rdnrn. 54-61; EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Slg. 2010, I-1065, Rdnr. 49.

⁵⁵ Zu Argumenten zu Gunsten der vom EuGH gewählten Lesart siehe *Startup/Elsmore*, Taking a Logical or Giant Step Forward?, *EL Rev.* 35 (2010), S. 574-576.

späteres Sekundärrecht im Zweifel in Übereinstimmung mit früheren EuGH-Urteilen auszulegen sei, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gesetzgeber von der EuGH-Rechtsprechung abweichen wolle.⁵⁶ Dies ist problematisch. Wenn der Gesetzgeber den EuGH korrigieren will, muss er dies explizit sagen – ein Erfordernis, das wegen des Kompromisscharakters der EU-Gesetzgebung selten erfüllt sein wird.⁵⁷ Mit diesem dogmatischen Konservativismus stützt der EuGH dem Gesetzgeber die Flügel. Die richterliche Auslegung des Sekundärrechts wird faktisch in Stein gemeißelt. Dieses Argumentationsmuster sollte der Gerichtshof besser aufgeben.

Mein Fazit zur horizontalen Machtbalance lautet: Der EuGH ist kein Autist, sondern hört auf sein Umfeld, soweit dieses klare Positionen formuliert. Eben diese Positionierung fällt dem Gesetzgeber jedoch schwer, weil er aus strukturellen Gründen der Judikative unterlegen ist.

3. Verhältnis zu den Mitgliedstaaten

Im Vergleich zum EU-Gesetzgeber sind die Mitgliedstaaten in einer schwachen Position. Die Mitgliedstaaten mögen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die „Herren der Verträge“ sein. Weil eine Änderung des Primärrechts aus praktischen Gründen ebenso ausscheidet wie ein Austritt aus der Union als Reaktion auf einzelne unbeliebte EuGH-Urteile etwa zur Unionsbürgerschaft,⁵⁸ sind die Mitgliedstaaten an die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts faktisch ebenso gebunden wie an die Urteile nationaler Verfassungsgerichte.⁵⁹ Für die Bewertung der Rechtsprechung ist daher zentral, dass der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsrechts mit Argwohn begegnet (a), auch wenn diese dogmatische Strenge für die föderale Machtbalance im Ergebnis aus konzeptionellen Gründen nicht entscheidend ins Gewicht fällt (b). Hierdurch werden die Grenzen der Rechtsprechung zum Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen sichtbar: Luxemburg fordert Gleichbehandlung, zwingt die Mitgliedstaaten jedoch nicht zur Harmonisierung ihres Wirtschafts- oder Sozialmodells.

⁵⁶ Das teleologische Argument einer beabsichtigten Stärkung wird durch Erwägungsgrund 3 RL 2004/38/EG gestützt und ist zweifellos ein relevanter Faktor, der für sich genommen aber schwerlich eine apodiktische Zurückweisung jedweder Änderung zu tragen vermag.

⁵⁷ Der EuGH stoppt durch die Verortung des Auslegungsgrundsatzes der Folgerichtigkeit diesseits einer primärrechtlichen Verankerung des Rückschrittsverbots nach dem Modell des Art. 41 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG/Türkei sowie Art. 13 ARB 1/80 in EuGH, verb. Rs. C-300/09 und C-301/09, *Toprak*, Slg. 2010, I-12845, Rdnrn. 51-57, die dem EU-Gesetzgeber sowie den Mitgliedstaaten jedwede Absenkung des Schutzniveaus verbietet (auch dann, wenn eine Privilegierung nur für wenige Monate bestand).

⁵⁸ Wegen der Unwahrscheinlichkeit eines Rückzugs aus bestehenden Abkommen muss die Legitimität internationaler Rechtsprechung stärker betrachtet werden, vgl. *von Bogdandy/Venzke*, Beyond Dispute, *GLJ* 12 (2011), S. 995.

⁵⁹ Weiterführend *Stone Sweet*, (Fn. 45), S. 126-128.

a) Kontrolldichte im Freizügigkeitsrecht

Bei der Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsrechts tritt die dogmatische Strenge des Gerichtshofs deutlich hervor. Luxemburg ist zwar großzügig, wenn es um die Annahme einer Beschränkung geht, die nationale Regelungen der Kontrolle durch den EuGH unterwirft. Eben diese Großzügigkeit endet jedoch, wenn die Richter zur Rechtfertigung übergehen. Hier wird den Mitgliedstaaten zumeist eine strenge Darlegungslast auferlegt und im Zweifel eine Rechtfertigung zurückgewiesen.⁶⁰ Dieser Argwohn überzeugt speziell dort nicht, wo die EU über keine Gesetzgebungskompetenzen verfügt, also etwa im Steuer-, Sozial- oder Ordnungsrecht. In diesen Bereichen sollte der EuGH den Mitgliedstaaten einen erweiterten Beurteilungsspielraum zugestehen,⁶¹ der in einzelnen neueren Urteilen wie *Sayn-Wittgenstein* oder *Runevič-Vardyn* durchaus anklingt.⁶²

Trotz dieser Kritik bringt der EuGH die föderale Machtbalance nicht aus dem Gleichgewicht, weil er bei der Definition der Rechtfertigungsgründe eine größere Weisheit an den Tag legt, als dies in der Literatur zumeist gewürdigt wird. Bekannt ist die Standardformel, dass das Freizügigkeitsrecht nicht dazu führen darf, dass Sozialleistungen an Unionsbürger „zu einer übermäßigen Belastung [werden], die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte[n], die dieser Staat gewähren kann.“⁶³ Gewiss handhabte der Gerichtshof dies Kriterium traditionell strikt, aber im Urteil *Bressol & Chaverot* aus dem Jahr 2010 zum Zugang von Medizinstudenten zu wallonischen Universitäten war er großzügig genug, die abschließende Beurteilung dem nationalen Gericht zu überlassen⁶⁴ (freilich nach der Festlegung eines strengen Prüfprogramms für die nationale Würdigung der Verhältnismäßigkeit⁶⁵). Dies führt zu einer grundsätzlicheren Überlegung, die anhand von drei Gedanken erläutert werden soll.

⁶⁰ Hierzu *Dougan*, (Fn. 39), Abschnitt C.

⁶¹ Ebenso *ibid.*

⁶² Für eine vorsichtige Handhabung des Beschränkungsbegriffs siehe EuGH, Rs. C-391/09, *Runevič-Vardyn & Vardyn*, Slg. 2011, Rdnrn. 66-82; für die Berücksichtigung des Art. 4 Abs. 2 EUV bei der Rechtsprechung *ibid.*, Rdnr. 86; sowie EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg. 2010, I-13693, Rdnr. 92.

⁶³ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 56; die Formel der „übermäßigen Belastung“, die in Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38/EG kodifiziert wird, wurde erstmals genutzt in EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelezyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 44, wobei freilich der Telos des Schutzes nationaler Sozialleistungshöhen nicht spezifiziert wurde (dass es um die Vermeidung eines Leistungsabfalls geht, bestätigt der EuGH durch die Annahme, dass ein finanzieller Einnahmeverlust – der nicht auf die Funktionsfähigkeit der Sozialsysteme durchschlägt – für sich genommen keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, vgl. EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz & Gootjes-Schwarz*, Slg. 2007, I-6849, Rdnr. 77 f.).

⁶⁴ EuGH, Rs. C-73/08, *Bressol & Chaverot*, Slg. 2010, I-2735, Rdnr. 82.

⁶⁵ Im Folgeurteil hob der belgische Verfassungsgerichtshof sechs von neun wallonischen Restriktionen auf, weil diese nicht den (strengen) EuGH-Vorgaben für die Verhältnismäßigkeit entsprachen; vgl. *Lenaerts*, (Fn. 5), Abschnitt II.A.

b) Rücksichtnahme auf das nationale Wirtschafts- und Sozialmodell

Erstens ist die Gleichbehandlung im Bereich des Sozialrechts keine Erfindung der letzten 15 Jahre. Von Anfang an garantierten die Römischen Verträge sowie die Verordnung 1612/68 jedenfalls Wanderarbeitnehmern die sozialrechtliche Gleichstellung.⁶⁶ Zudem erfolgte in den meisten Mitgliedstaaten nach dem Zweiten Weltkrieg eine schrittweise Umstellung der Sozialsysteme vom Personalitätsprinzip auf das Territorialprinzip, indem Sozialleistungen den meisten Inländern ungeachtet der Staatsangehörigkeit zustehen.⁶⁷ Die Exklusivität nationaler Sozialsysteme war also bereits gebrochen, als der EuGH zur Unionsbürgerrechtsprechung ansetzte. Diese Feststellung beseitigt nicht den dogmatischen Neuigkeitswert der Urteile, zeigt jedoch die begrenzten konzeptionellen Auswirkungen.

Zweitens überdehnte der Gerichtshof seine Rechtsprechung nicht. Auch wenn die Grenzen des Gleichbehandlungsanspruchs erst schrittweise sichtbar wurden, so können wir in der Rückschau das Kriterium der „tatsächlichen Verbindung“⁶⁸ bzw. eines „gewissen Integrationsgrads“⁶⁹ als maßgebliche Hürde identifizieren, die im Fall von Studenten in Übereinstimmung mit Abs. 24 Abs. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG fünf Jahre betragen kann. Unterhalb dieser Schwelle besitzen wirtschaftlich inaktive Unionsbürger kein Gleichbehandlungsrecht kraft Europarechts; Solidarität erfahren nur diejenigen, die sich bis zu einem gewissen Grad in die Gastgesellschaft integriert haben. Dies ist keine vage Vision transnationaler Solidarität,⁷⁰ sondern umgekehrt die höchstrichterliche Anerkennung, dass die nationalen Sozialsysteme auf territorial begrenzte Solidargemeinschaften begrenzt bleiben, die freilich Unionsbürger nicht ausschließen dürfen.⁷¹

Drittens müssen wir finanzielle von konzeptionellen Auswirkungen unterscheiden. EuGH-Urteile mögen teuer sein, zwingen die Mitgliedstaaten jedoch nicht zur

⁶⁶ Hierzu bereits *ibid.*, Abschnitt I.

⁶⁷ Ausführlicher *Kingreen*, Soziale Rechte und Migration, 2010.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-224/98, *D'Hoop*, Slg. 2002, I-6191, Rdnr. 38; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 67; sowie EuGH, verb. Rs. C-22/08 und C-23/08, *Vatsouras*, Slg. 2009, I-4585, Rdnr. 38 – beide in Bezug auf Arbeitsuchende.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 57; und EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, Rdnr. 49, in Bezug auf andere Unionsbürger als Arbeitsuchende (etwa Studierende).

⁷⁰ Ein verbreiteter Vorwurf an den EuGH betrifft den fehlenden Respekt für die Wechselbezüglichkeit von nationaler Solidarität und der Gewährung von Sozialleistungen, vgl. *de Witte*, The End of EU Citizenship and the Means of Non-Discrimination, MJ 18 (2011), S. 86-108.

⁷¹ Hierzu *O'Brien*, Real Links, Abstract Rights and False Alarms, EL Rev. 33 (2008), S. 646-650; sowie die zukunftsgegenwärtige Argumentation bei *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 407-432; diese Grenzen der Rechtsprechung kann auch anerkennen, wer – entgegen *Kostakopoulou*, The Future Governance of Citizenship, 2008 – keine Neukonzeption von Bürgerschaft auf Grundlage des Wohnsitzes annimmt.

Änderung ihrer Sozialsysteme.⁷² Schweden und Rumänien etwa haben ganz gewiss unterschiedliche Sozialstandards, die der EuGH auf die meisten Unionsbürger im Inland erstreckt. Das ist jedoch alles. Zur Angleichung ihrer Sozialsysteme zwingt der EuGH die Mitgliedstaaten nicht. Schweden und Rumänien können unterschiedliche Wirtschafts- und Sozialsysteme beibehalten (im Bereich des Sozialrechts scheint der Gleichbehandlungsgrundsatz anders als die Grundfreiheiten im Wirtschaftsrecht auch keine neoliberale Abwertungsspirale zu bewirken⁷³). Hierfür kritisieren manche den EuGH, weil seinen Urteilen keine Vision sozialer Gerechtigkeit zu Grunde liege.⁷⁴ Eben diese Abwesenheit sozialpolitischer Konzepte kann man jedoch umgekehrt loben. Der EuGH schont die nationale Autonomie in einem Bereich, den das Bundesverfassungsgericht der Verfassungsidentität zuordnet.

Als Fazit bleibt festzuhalten: Gleichbehandlung zwingt die Mitgliedstaaten nicht zur Änderung ihres jeweiligen nationalen Wirtschafts- oder Sozialmodells. Dies dürfte der zentrale Grund sein, warum die EuGH-Urteile zu weitaus weniger *politischen* Kontroversen führten, als die langjährige *juristische* Diskussion vermuten ließ.

IV. Ein neues „Streitfeld“: drittstaatsangehörige Familienmitglieder

Die Zeiten ändern sich und mit ihnen akademische Aufmerksamkeitsschwerpunkte. Über ein Jahrzehnt stand der Zugang zu Sozialleistungen im Brennpunkt der Unionsbürger-Rechtsprechung. Hierzu wurden die maßgeblichen Weichen durch die Richter zwischenzeitlich gestellt; verbleibende Diskussionspunkte zum Zugang betreffen Einzelfragen, die für die Praxis überaus wichtig sein mögen, aber in der Regel geringen theoretischen Tiefgang besitzen.⁷⁵ Das bedeutet jedoch nicht, dass alle Kontroversen ausgestanden wären. Im Gegenteil: Der Streit um die Unionsbürgerschaft dauert an, hat sich jedoch auf ein neues Streitfeld verlagert, das erneut strukturelle Grenzen der EuGH-Rechtsprechung im Lichte des föderalen und horizontalen Machtgleichgewichts aufzeigt.

⁷² Für eine differenzierende Bewertung siehe *Somek*, Solidarity decomposed: Being and Time in European Citizenship, EL Rev. 32 (2007), S. 806-818.

⁷³ Hierzu *Somek*, The Argument from Transnational Effects I, ELJ 16 (2010), S. 338-340; *Kingreen*, Fundamental Freedoms, in: von Bogdandy/Bast, (Fn. 24), S. 532-542.

⁷⁴ Siehe zum Beispiel die Kritik von *Kochenor*, Citizenship without Respect, Jean Monnet Working Paper 08/10, S. 27-34; *Ross*, (Fn. 44), S. 286 f.

⁷⁵ Dies gilt etwa für die Umsetzung des „Vatsouras“-Urteils mit Blick auf den Ausschluss von Arbeitsuchenden von der Sozialhilfe, die speziell in Deutschland bisher nicht dazu führte, dass das Sozialhilfeniveau allgemein abgesenkt wird.

Welches ist das Streitfeld der Gegenwart? Wenn wir die kontroversen EuGH-Urteile im letzten Jahrzehnt betrachten, sticht ein gemeinsamer Nenner neben Sozialleistungen hervor: der Rechtsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern. Das Urteil *Ruiž Zambrano* ist ein prominentes Beispiel hierfür,⁷⁶ aber es geht nicht nur um diesen Fall. Die Reihe der Urteile, auf denen die nachfolgenden Aussagen beruhen, ist länger. Die meisten Europarechtler kennen Entscheidungen wie *Carpenter*, *Baumbast*, *Akerich*, *Zhu & Chen*, *Eind*, *Metock*, *Ibrahim*, *Teixeira*, *McCarthy* und *Dereci*.⁷⁷ All diese Urteile betreffen verschiedene Rechtsfragen des Primär- und Sekundärrechts, haben jedoch eine Gemeinsamkeit: Sie thematisieren die Schnittstelle der Unionsbürgerschaft mit dem Migrationsrecht.

Es überrascht nicht, dass der Aufenthaltsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern zum Streitfeld der Gegenwart erstarkt, weil an der Schnittstelle zum Migrationsrecht die verfassungsrechtlichen Eigenheiten der Unionsbürgerschaft sichtbar werden. Im Aufenthaltsstatus von Familienmitgliedern wird das transnationale Binnenmarktparadigma exemplarisch überschritten (1.). Zugleich gerät der EuGH bei der Ausweitung abgeleiteter Rechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern in Konflikt zu nationalen Regelungsansprüchen (2.) sowie Vorrechten des (EU-)Gesetzgebers im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (3.). Eine Auflösung dieser Spannungslage verlangt eine Positionierung zur integrationspolitischen Zielrichtung der Unionsbürgerschaft.

1. Bürgerschaft jenseits des Marktes

Zahlreiche Literaturstimmen kritisierten⁷⁸ (und einige lobten⁷⁹) den EuGH für die funktionale Ausrichtung seiner Rechtsprechung am Konzept der „Marktbürgerschaft.“⁸⁰ Mit dem Begriff wird gemeinhin ein Verständnis der Unionsbürgerschaft

⁷⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiž Zambrano*, Slg. 2011, Rdnrn. 39-44.

⁷⁷ Siehe EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. 413/99, *Baumbast & R.*, Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-109/01, *Akerich*, Slg. 2003, I-9607; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu & Chen*, Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-291/05, *Eind*, Slg. 2007, I-10719; EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241; EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Slg. 2010, I-1065; EuGH, Rs. C-480/08, *Teixeira*, Slg. 2010, I-1107; EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011; EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011.

⁷⁸ Etwa *Spaventa*, *Seeing the Wood despite the Trees?*, CML Rev. 45 (2008), S. 30-39; *Kochenov*, *A Real European Citizenship*, CJEL 18 (2011), S. 91-106; *Callies*, (Fn. 39), S. 9 ff.

⁷⁹ Siehe *Somek*, *Individualism*, 2008, Kap. 10; auf Grundlage streitbarer existenzialistischer Grundannahmen *Haltern*, *Pathos and Patina*, ELJ 9 (2003), S. 39-44.

⁸⁰ Der Begriff geht zurück auf *Ipsen*, (Fn. 16), S. 250-254, und wurde von ihm konzipiert als Gegenstück zum Bürger mit politischem Gestaltungs- und Legitimationswillen, den er in einer Zweckgemeinschaft für überflüssig hielt; vgl. *ibid.*, S. 350 ff., in Abgrenzung zu *Grabitz*, (Fn. 24); zur erstmaligen, noch allgemeinen, Verwendung siehe *Ipsen/Nicolaysen*, *Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, NJW 1965, S. 340.

bezeichnet, das sich auf die transnationale Förderung individueller Freiheit konzentriert. Um vollumfänglich von der Unionsbürgerschaft zu profitieren, muss man sein Glück als wirtschaftlich aktiver Kosmopolit im EU-Ausland suchen.⁸¹ Dies gilt bei einer abstrakten Betrachtung auch dann, wenn Urteile wie *Carpenter* oder *Metock* die funktionale Grundierung der Marktbürgerschaft als Mittel zur Stärkung transnationaler Freizügigkeit aufgrund einer großzügigen Lesart der Grundfreiheiten sowie der Art. 18 und 21 AEUV in den Hintergrund treten lassen. Doch auch in diesen Fällen blieb transnationale Mobilität das rechtsdogmatische Rückgrat der Judikatur.

Dies änderte sich im März 2010, als der EuGH in *Ruiž Zambrano* eine konzeptionelle Schwelle überschritt, die einzelne Kommentatoren als Rubikon auf dem Weg zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft einstufen.⁸² Bereits der Sachverhalt zeugt vom fehlenden Binnenmarktbezug: Herr *Ruiž Zambrano* ist ein kolumbianischer Staatsangehöriger, der sich nach der Ablehnung seines Asylantrags ohne Genehmigung in Belgien aufhielt.⁸³ Verschiedene Legalisierungsversuche scheiterten. Der Bezug zur Unionsbürgerschaft ergab sich, als zwei Kinder geboren wurden, die als Staatenlose unmittelbar die belgische Staatsangehörigkeit erlangten und damit Unionsbürger wurden. Nunmehr erstrebten auch die Eltern eine Aufenthaltsgenehmigung kraft Unionsrechts, die der EuGH gewährte.

Worin genau liegt der Schritt weg von der Marktbürgerschaft? Dies verdeutlichen eine dogmatische und eine theoretische Überlegung.

Erstens das dogmatische Argument. Der EuGH hätte das Urteil bei einer (sehr) großzügigen Betrachtung auf Grundlage seiner etablierten Rechtsprechung lösen können, unter Berufung auf das potentielle, zukünftige Freizügigkeitsrecht der Kinder⁸⁴ – oder in Übereinstimmung mit den Mitgliedstaaten sowie der Kommission die Sache dem nationalen Recht sowie dem EGMR überantworten können.⁸⁵ Die Große Kammer entscheidet sich jedoch gegen diesen Weg und stellt stattdessen kurz und knapp fest, dass zwar kein grenzüberschreitender Bezug vorliege und auch die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG nicht gelte.⁸⁶ Dies stehe der Berufung auf die Unionsbürgerschaft jedoch nicht entgegen. Nach Meinung des EuGH sind

⁸¹ Für eine jüngere Analyse der Rechtsprechung im Lichte des Binnenmarktparadigmas siehe *Nie Shuibhne*, *The Resilience of EU Market Citizenship*, CML Rev. 47 (2010), S. 1597-1628; *Wollenschläger*, (Fn. 8), S. 45-48.

⁸² Sinngemäß etwa *Nettesheim*, *Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft*, JZ 2011, S. 1030 ff.; *Kochenov*, (Fn. 78).

⁸³ Belgische Gerichte verboten im Jahr 2000 eine Abschiebung nach Kolumbien (nicht jedoch in Drittstaaten), auch wenn diese Entscheidung nach dem Ende des Bürgerkriegs dort heute evtl. keinen Bestand mehr hätte, vgl. EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiž Zambrano*, Slg. 2011, Rdnr. 15.

⁸⁴ Vgl. *Nettesheim*, (Fn. 82), S. 1031; *Kochenov*, (Fn. 78), S. 74-91.

⁸⁵ So die Forderung der Mitgliedstaaten und der Kommission in EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiž Zambrano*, Slg. 2011, Rdnr. 37.

⁸⁶ Siehe *ibid.*, Rdnr. 39.

nationale Maßnahmen unzulässig, die „den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Unionsbürgerrechte verwehren.“⁸⁷

Innerhalb des postulierten „Kernbereichs“ ist kein grenzüberschreitender Bezug erforderlich.⁸⁸ Wichtig ist das Bewusstsein für die Eigenständigkeit des Kernbereichsarguments. Dieses folgt direkt aus dem Wesen der Unionsbürgerschaft bzw. Art. 20 AEUV – und ist damit unabhängig von speziellen Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrechten.⁸⁹ Oder anders formuliert: Es gibt Situationen, in denen aus der Unionsbürgerschaft rechtliche Schranken für die Mitgliedstaaten folgen, die aus den speziellen Rechtsgewährleistungen des Primär- und Sekundärrechts nicht abzuleiten sind. Dieses Auslegungsergebnis folgt aus dem „Geist“⁹⁰ der Verträge – eine Teleologie, die der Gerichtshof durch die beschwörende Wiederholung der Formel vom „grundlegenden Status“⁹¹ als einzigen Begründungsansatz anführt⁹² (zusätzlich könnte man allenfalls noch auf eine subtile Änderung im Vertragstext verweisen, die der EuGH jedoch nicht anführt⁹³).

Zweitens folgt hieraus in theoretischer Hinsicht: Mit der Erstreckung der Unionsbürgerschaft auf reine Inlandssachverhalte in Bezug auf arbeitslose und drittstaatsangehörige Eltern lässt der EuGH die transnationale Fundierung der Marktbürgerschaft hinter sich. Es geht weder um den Binnenmarkt noch um transnationale Rechte, weil die jungen Unionsbürger *Ruiz Zambrano* nie in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat lebten. Damit betrifft das Urteil im Kern den Schutz des Menschen um seiner selbst Willen und mithin eine Frage der sozialen Gerechtigkeit. Derartige Fragen werden gemeinhin auf Grundlage der Menschenrechte diskutiert.⁹⁴ Eben dies meinen Kommentatoren, wenn sie den EuGH loben, weil er mit der Abkehr von der Marktbürgerschaft den Rubikon zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft überschritten habe.

Damit liegt die Bedeutung des Urteils auf der Hand: Eine weite Handhabung des Kernbereichs schränkt den Gestaltungsspielraum speziell der Mitgliedstaaten ein.

⁸⁷ Ibid., Rdnr. 42.

⁸⁸ Ausführlicher hierzu *Hailbronner/Thym*, (Fn. 8), S. 2009.

⁸⁹ Näher *ibid.*

⁹⁰ EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 3 (27); EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251 (1269).

⁹¹ Erneut EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Slg. 2011, Rdnr. 42.

⁹² Zur fehlenden Inhaltsschärfe des Teleologie-Arguments nachfolgend unter V.

⁹³ Zur Änderung des Art. 20 AEUV von der (nachgelagerten) „Ergänzung“ hin zum (gleichrangigen) „Hinzutreten“, das der EuGH nicht aufgreift, siehe *Schrauwen*, *European Citizenship in the Treaty of Lisbon*, Maastricht, J. Eur. & Comp. L. 2008, S. 59-60; *Shaw*, (Fn. 32), S. 598-600; *de Waele*, *The Ever-Evolving Concept of EU Citizenship*, in: Talani (Hrsg.), *Globalisation, Migration and the Future of Europe*, 2011, S. 192-194.

⁹⁴ Zum Ansatz des EGMR, den Inlandssachverhalt auf Grundlage von Art. 8 EMRK zu schützen, siehe *Thym*, *Respect for Private and Family Life under Art. 8 ECHR in Immigration Cases*, ICLQ 57 (2008), S. 95-102.

Entsprechend groß war nach dem Urteil die Verunsicherung. Die neue Rechtsprechung wurde gegen Sprachanforderungen beim Ehegattennachzug⁹⁵ ebenso ins Feld geführt wie gegen das ungarische Mediengesetz⁹⁶ – und dies durchaus mit guten Gründen: Nicht zuletzt wegen der knappen Begründung des „Ruiz Zambrano“-Urteils waren der Fantasie keine Grenzen gesetzt. Mit der Kernbereichsdoktrin entwickelt der EuGH eine Allzweckwaffe, die im Grundsatz gegen verschiedenste nationale Maßnahmen ins Feld geführt werden kann.

Nun steht keineswegs fest, dass es hierzu kommt und tatsächlich dürfte das Kernbereichsargument in der nahen Zukunft keine tragende Bedeutung entfalten. Warum? Der EuGH mag sich in *Ruiz Zambrano* für einen großen Sprung nach vorn positionieren, muss aus strukturellen Gründen aber auf halbem Weg stehen bleiben. Diese strukturellen Gründe entsprechen den widerstreitenden Kräften, die die EuGH-Rechtsprechung zu Sozialleistungen in ihre Grenzen wies. Erneut geht es um die Rückwirkungen des neuen Argumentationsmusters auf die föderale Machtbalance sowie die horizontale Gewaltgliederung.

2. Gefährdung der föderalen Machtbalance

Die föderale Machtbalance dürfte ein wichtiger Grund sein, warum der EuGH in *Ruiz Zambrano* mit der Kernbereichsdoktrin eine neue Kategorie schuf. Dies verdeutlicht ein Vergleich des Urteils mit den Schlussanträgen von Generalanwältin *Sharpston*. Diese hatte vom EuGH nicht weniger gefordert als eine Neupositionierung zur Inländerdiskriminierung aufgrund eines erweiterten Geltungsbereichs der EU-Grundrechte.⁹⁷ Beide Fragen (Verbot der Inländerdiskriminierung sowie Anwendungsbereich der Grundrechtecharta) umgeht der Gerichtshof und rekurriert stattdessen auf das Kernbereichsargument; nur innerhalb dessen – weitgehend unklaren – sachlichen Anwendungsbereichs ist in Zukunft kein grenzüberschreitender Bezug mehr erforderlich.⁹⁸

Dies ist kein Zufall. Ein Verbot der Inländerdiskriminierung oder eine Ausweitung der EU-Grundrechte hätte die föderale Machtbalance zulasten der Mitgliedstaaten verändert (und die nationalen Verfassungsgerichte verärgert⁹⁹). Dies Risiko wollte der EuGH nicht eingehen. Die Kernbereichsdoktrin ist flexibel und gerade wegen dieser Flexibilität schwerer angreifbar als ein generelles Verbot der Inländerdiskriminierung¹⁰⁰ oder eine extensive Lesart der umstrittenen Bestimmung des

⁹⁵ So *Huber*, Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils *Zambrano*, NVwZ 2011, S. 857.

⁹⁶ Vgl. *von Bogdandy et al.*, Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States, CML Rev. 49 (2012), S. 489-512.

⁹⁷ Siehe Schlussanträge GAin *Sharpston* zu EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Slg. 2011.

⁹⁸ Ausführlicher hierzu *Hailbronner/Thym*, (Fn. 8), S. 2009.

⁹⁹ Vgl. die Drohung mit einer „Ultra-Vires“-Kontrolle in Bezug auf die Handhabung des Art. 51 GRCh in BVerfGE 126, 286 (312 f.) – *Ultra-vires-Kontrolle (Mangold/ Honeywell)*.

Art. 51 GRCh.¹⁰¹ Vermutlich war das neue und inhaltlich unbestimmte Kernbereichsargument auch ein richterlicher Versuchsballon, der die politischen und rechtlichen Reaktionen austesten sollte.

Tatsächlich wich der EuGH zurück und optierte wenige Monate nach dem „Ruiz Zambrano“-Urteil für eine restriktive Lesart der Kernbereichsdoktrin. In den Urteilen *McCarthy* und *Dereci* stellt der EuGH fest, dass das Kernbereichsargument in erster Linie Sonderfälle betrifft, wenn mit dem Verlust der nationalen Staatsbürgerschaft die Existenz des Unionsbürgerstatus (*Rottmann*) oder die Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets (*Ruiz Zambrano*) auf dem Spiel steht.¹⁰² Dogmatisch gesprochen ist Art. 20 AEUV kein Beschränkungsverbot (*restriction*),¹⁰³ sondern verbietet nur den rechtlichen oder faktischen Entzug der Unionsbürgerrechte (*deprivation*).¹⁰⁴ Es geht um Sonderfälle eines Seins oder Nichtseins der Unionsbürgerrechte.¹⁰⁵ Jenseits dieser Schwelle gelten – in Übereinstimmung mit der Regieanweisung im „Dereci“-Urteil¹⁰⁶ – die nationalen Grundrechte sowie die EMRK.¹⁰⁷

3. Verhältnis zum (EU-)Gesetzgeber

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder können sich nicht direkt auf die Unionsbürgerrechte berufen, sondern profitieren von „abgeleitete[n] Rechte[n] [...], die sie als Familienangehörige des Berechtigten erworben haben.“¹⁰⁸ Diese Aussage ist zweifellos richtig und sollte gleichwohl nicht das Bewusstsein dafür aufheben, dass es einen alternativen Blickwinkel gibt, den der EuGH mit dem Rekurs auf die

¹⁰⁰ Zur Wahrung nationaler Gestaltungsspielräume als Sinn und Zweck des Kriteriums des grenzüberschreitenden Bezugs siehe *Maduro*, in: Kilpatrick u.a. (Hrsg.), *The Future of Remedies in Europe*, 2000, S. 134 f.; mittelbar BVerfGE 113, 273 (298) – *Europäischer Haftbefehl*.

¹⁰¹ Zum Streit um die Reichweite der EU-Grundrechte siehe *Callies*, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, S. 343-357.

¹⁰² So die (Neu-)Interpretation des Urteils in EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011, Rdnr. 66, wo die (faktische) Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets als relevanter Maßstab identifiziert wird – auch wenn dieser im Fall des „Ruiz Zambrano“-Urteils gar nicht erfüllt war, weil die belgischen Behörden eine Abschiebung nach Kolumbien im Jahr 2000 ausgesetzt hatten (vgl. Fn. 83). Dies hindert den Gerichtshof jedoch nicht an der abstrakt-generellen Festlegung eines solchen Kriteriums, das für die Zukunft eine Richtschnur bietet.

¹⁰³ Zur sonstigen Auslegung des Beschränkungsbegriffs siehe EuGH, Rs. C-391/09, *Runevic-Vardyn & Wardyn*, Slg. 2011, Rdnrn. 68-76.

¹⁰⁴ Ausführlicher zur Abstufung zwischen Beschränkung (*restriction*) sowie Verlust/Aufhebung (*deprivation*), die der EuGH in *Dereci* zum Maßstab erhebt, siehe *Lenaerts*, *Civis europaeus sum*, FMW-Online Journal on free movement of workers No. 3 (2011), S. 15.

¹⁰⁵ Hierzu bereits *Thym*, *Anmerkung*, NVwZ 2012, S. 103 f.

¹⁰⁶ Siehe die doppelte Referenz auf die Charta sowie die EMRK (nebst nationalen Verfassungen) in EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011, Rdnrn. 70-73.

¹⁰⁷ Ausführlicher wiederum *Hailbronner/Thym*, (Fn. 8), S. 2010 f.

¹⁰⁸ Überraschend deutlich zuletzt EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011, Rdnr. 55.

abgeleiteten Unionsbürgerrechte der Familienmitglieder ausblendet: das Migrationsrecht. Für dieses gilt ein anderes Vertragsregime als für Unionsbürger. An die Stelle des Binnenmarkts tritt der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der dem EU-Gesetzgeber sowie nationalen Parlamenten erweiterte Gestaltungsspielräume bietet.¹⁰⁹ Wegweisend bestimmt Art. 79 Abs. 1 AEUV: „Die Union entwickelt eine gemeinsame Einwanderungspolitik, die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme [...] gewährleisten soll.“

Wichtig ist das Bewusstsein für die inhaltliche Offenheit der Migrationssteuerung. Die öffentliche Hand strebt nach Einfluss auf die Rechtswirklichkeit; Migration soll durch Rechtsregeln gesteuert werden und – anders als in den Vereinigten Staaten – nur begrenzt auf informeller und illegaler Basis erfolgen.¹¹⁰ Darüber hinaus enthält der Steuerungsanspruch jedoch keine Aussage über eine großzügige oder restriktive Politikgestaltung.¹¹¹ Die Entscheidung zwischen Offenheit und Abschottung erfolgt im Gesetzgebungsverfahren. Diese Offenheit für politische Entscheidungen ist der entscheidende Unterschied zum Freizügigkeitsregime des Binnenmarkts.¹¹² Drittstaatsangehörige profitieren von keinen Wanderungsrechten mit Verfassungsrang nach dem Modell der Unionsbürgerrechte, sondern können sich „nur“ auf Grundrechte berufen, die einen geringeren Schutzzumfang besitzen.¹¹³ Kurzum: Die EU-Migrationspolitik unterliegt einer rechtlichen Migrationssteuerung, die gegenüber Unionsbürgern verboten ist.

In seinen Urteilen zu drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von Unionsbürgern ignorierte der Gerichtshof diesen alternativen Referenzrahmen weitgehend. Der EuGH schien sich nicht einmal dessen bewusst, dass er an der Schnittstelle von Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht eine Entscheidung zwischen zwei Vertragsregimen trifft.¹¹⁴ Dies enttäuscht umso mehr, als aus der Abgrenzung der Vertragsregime Auswirkungen von verfassungsrechtlicher Tragweite für die horizontale

¹⁰⁹ Speziell bei der Integration (z.B. Forderung von Sprachkenntnissen) sowie beim Arbeitsmarktzugang belässt das sekundäre EU-Migrationsrecht in Übereinstimmung mit Art. 79 Abs. 4 f. AEUV den Mitgliedstaaten inhaltliche Gestaltungsspielräume; vgl. *Thym*, Freizügigkeit in Europa als Modell?, *EuR* 2011, S. 502-509.

¹¹⁰ Zur Diskrepanz zwischen normativem Anspruch und empirischer Wirklichkeit als Herausforderung an das deutsche und europäische Migrationsrecht *Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, S. 325 ff.

¹¹¹ Zur fehlenden Determinationskraft des Primärrechts *Thym*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 42. EL 2010, Art. 79 AEUV, Rdnrn. 14-17; *Bast*, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, 2011, S. 113 und 213.

¹¹² Hierzu bereits *Thym*, (Fn. 109), S. 495-502.

¹¹³ Vergleiche für die innereuropäische Freizügigkeit etwa Art. 45 Abs. 1 und 2 AEUV sowie für den Arbeitsmarktzugang Art. 15 Abs. 2 und 3 AEUV.

¹¹⁴ Für eine überaus knappe Zurückweisung siehe EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241, Rdnr. 66.

Machtbalance folgen.¹¹⁵ Es muss daher begrüßt werden, dass der Gerichtshof im „Dereci“-Urteil ein Bewusstsein für dieses Problem zum Ausdruck bringt, wenn er die Familienzusammenführungs-Richtlinie 2003/86/EG als grundsätzlich gleichwertigen Bezugspunkt neben der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG aufführt.¹¹⁶ Hierauf sollte der EuGH aufbauen und die Unionsbürgerschaft sowie das EU-Migrationsrecht einer bewussten Abgrenzung zuführen.

V. Zwischenstationen zur „wahrhaftigen Bürgerschaft“?

Die Bedeutung der neuen Rechtsprechungslinie liegt in der konzeptionellen Abkehr von der Marktbürgerschaft. An die Stelle einer funktionalen Förderung transnationaler Rechte tritt mit dem Schutz des Menschen um seiner selbst Willen eine Frage der sozialen Gerechtigkeit, die man als Übergang zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft konzipieren mag.¹¹⁷ Dieser Schritt wurde in Urteilen wie *Carpenter* und *Metock* vorbereitet, die im Kern den Schutz des Familienlebens als Selbstzweck betrafen, dogmatisch aber dennoch der hergebrachten Dogmatik transnationaler Grundfreiheiten folgten.¹¹⁸ Dies ist beim „Ruiz Zambrano“-Urteil anders: die Kernbereichsdoktrin überschreitet auch bei der dogmatischen Konstruktion des Familienschutzes die Grundlagen der transnationalen Marktbürgerschaft.¹¹⁹

Doch was kennzeichnet eine „wahrhaftige“ Bürgerschaft? Ist der Schritt jenseits der Marktbürgerschaft gar eine „natürliche und logische Schlussfolgerung“¹²⁰? Meines Erachtens nein – aus fünf abschließenden Gründen:

Erstens zeigt bereits die Entstehungsgeschichte, dass die Unionsbürgerschaft immer einen überschießenden, teleologischen Gehalt besaß – in Übereinstimmung mit der offenen Finalität des Integrationsprozesses.¹²¹ Dies bedeutet zugleich, dass die

¹¹⁵ Im Ergebnis ähnlich *Lansbergen/Miller*, European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution?, EuConst 7 (2011), S. 300 f.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011, Rdnrn. 45-58; beide Richtlinien fanden im Fall keine Anwendung; ebenso deutlich in Bezug auf die Daueraufenthalts-Richtlinie 2003/109/EG jüngst EuGH, Rs. C-40/11, *Iida*, Slg. 2012, Rdnr. 36 ff.

¹¹⁷ Erneut der Verweis auf *Nettesheim*, (Fn. 82); *Kochenov*, (Fn. 78).

¹¹⁸ Vgl. *Spaventa*, From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European constitution, CML Rev. 41 (2004), S. 743-773; *Epiney*, Von Akrich bis Metock, EuR 2008, S. 847-853; *Tryfonidou*, Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens, ELJ 15 (2009), S. 634-653.

¹¹⁹ In einem Punkt ist auch *Ruiz Zambrano* von Funktionalität gekennzeichnet, weil die Eltern „nur“ als Sorgende der Kinder geschützt werden; vgl. also EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011, Rdnr. 55: „abgeleitete Rechte“.

¹²⁰ So *Kochenov*, (Fn. 78), S. 94: „natural and fitting conclusion“, während Kritiker des EuGH „are routed in a passionate adherence to a familiar tradition rather than in reasoned analysis“ (S. 93).

¹²¹ Hierzu bereits unter II.

Bewertung der EuGH-Judikatur zum Ausbau der Unionsbürgerrechte auch vom Standpunkt des Betrachters abhängt; die Unionsbürgerschaft dient als Projektionsfläche für Europafreundlichkeit und -kritik. Die Suche nach der „wahrhaftigen“ Unionsbürgerschaft kann keiner definitiven Lösung zugeführt werden. Zu vielfältig sind die Ansichten über die konzeptionellen Grundlagen sowie die Finalität der EU-Integration.

Zweitens besaß der Bürgerschaftsbegriff, ganz unabhängig von der EU-Integration, bereits zur Hochzeit des Nationalstaats eine inhaltliche Unschärfe. Man konnte sich auf die Verwendung des Begriffs der „Bürgerschaft“ verständigen, unter dem Sozialisten und Katholiken, Liberale und Republikaner sodann jedoch verschiedene Inhalte meinten. Im Zeitalter der Globalisierung schwindet die konzeptionelle Gemeinsamkeit noch mehr. Die Bedeutung von supranationalen Gemeinschaften und transnationaler Migration für den Bürgerschaftsbegriff ist noch lange nicht ausdiskutiert.¹²²

Drittens besitzt der Begriff der Bürgerschaft eine normative Zielrichtung mit Blick auf freie Gleichheit, politische Partizipation und gesellschaftliche Solidarität.¹²³ Jenseits dieser Mindestanforderungen endet die konzeptionelle Sicherheit jedoch. Man kann mit Gründen eine transnationale Marktbürgerschaft unterstützen oder einen (einseitig) Rechte-basierten Zugriff kritisieren.¹²⁴ Das gleiche gilt für Argumente pro und contra die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen in den Schutzzumfang der (Unions-)Bürgerschaft.¹²⁵ Abhängig vom Blickwinkel erscheint die EuGH-Rechtsprechung in einem jeweils anderen Licht. Es gibt keinen per se „richtigen“ Bürgerschaftsbegriff. Die abstrakte Forderung nach „wahrhaftiger“ Bürgerschaft vermag die Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen zu Grunde liegenden Vorstellungen nicht zu ersetzen.

Viertens dürfen der Gerichtshof und Wissenschaftler nicht der Gefahr erliegen, die Hülle mit dem Inhalt zu verwechseln. Es gibt im EU-Recht verschiedene Beispiele, wo die Vertragssprache sich vom materiell-rechtlichen Inhalt unterscheidet. Schließlich gibt es „Richtlinien“, die entgegen der Wortwahl keine administrativen Rechtsakte sind, sondern Rahmengesetzen entsprechen. Warum sollte es bei der Unionsbürgerschaft nicht umgekehrt sein? Sie gibt vor, etwas zu sein, was sie bei der rechtlichen Substanz nicht einlösen kann.¹²⁶

¹²² Satt vieler *Kadelbach*, (Fn. 24), S. 645-653; *Kostakopoulou*, (Fn. 71), Kap. 1-3; sowie jüngst *Lenski*, *Der Bürgerstatus im Licht von Migration und europäischer Integration*, DVBl. 2012, S. 1057-1064.

¹²³ Vgl. *Bellamy*, *Citizenship, A Very Short Introduction*, 2008; *Nettesheim*, (Fn. 82), S. 1036 f.

¹²⁴ Für einen Überblick über relevante Streitpunkte und unterschiedliche Sichtweisen siehe *Besson/Utzinger*, *Future Challenges of European Citizenship*, ELJ 13 (2007), S. 573-590.

¹²⁵ Stellvertretend für die diesbezügliche Debatte *Hansen*, *A European Citizenship or a Europe of Citizens?*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 24 (1998), S. 751-769; *Kostakopoulou*, *European Union Citizenship: Writing the Future*, ELJ 13 (2007), S. 643-645.

¹²⁶ Entsprechend der ursprünglichen Kritik von *Weiler*, *European Citizenship and Human Rights*, in: Winter et al. (Hrsg.), *Reforming the Treaty on European Union*, 1996, S. 73: „empty gesture“.

Fünftens würde eine proaktive EuGH-Rechtsprechung die Unionsbürgerschaft nur mit *rechtlicher* Substanz füllen – nicht jedoch die *lebensweltliche* Schaffung solidarischer Bürgerschaft auf Grundlage gemeinsamer Identität und wechselseitiger Solidarität bedeuten. Ein Zusammengehörigkeitsgefühl, das dem Grad der Rechtsintegration entspräche, besteht nicht.¹²⁷ Insoweit besitzt der richterliche Ausbau der Unionsbürgerrechte auch eine lebensweltliche Grenze. Er vermag primär eine virtuelle, rechtliche Bürgerschaft zu schaffen.

VI. Fazit

Es überrascht nicht, dass die EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft zu den umstrittensten Rechtsentwicklungen auf EU-Ebene der vergangenen 15 Jahre gehörte. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die Personenfreizügigkeit sowie die spätere Unionsbürgerschaft immer einen überschießenden, teleologischen Gehalt besaßen und als Projektionsfläche für unterschiedliche Vorstellungen über die Finalität des Integrationsprozesses dienten. Unterstützung und Kritik für die EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft spiegelte insoweit immer auch die Vorstellungen über Wesen und Ziel der EU-Integration.

Zudem unterliegt der EuGH strukturellen Grenzen, weil der richterliche Ausbau der Unionsbürgerschaft inhaltliche Rückwirkungen auf das vertikale und horizontale Machtgleichgewicht besitzt. Dieser strukturellen Grenzziehungen seiner Rechtsprechung ist sich der Gerichtshof durchaus bewusst, wie die Entwicklung der Rechtsprechung zu Sozialleistungen belegt. Trotz aller Innovationsfreude achtet der Gerichtshof die Vorgaben des EU-Gesetzgebers in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG und belässt den Mitgliedstaaten inhaltlichen Freiraum zur Ausgestaltung der Wirtschafts- und Sozialsysteme unter der Ägide des Gleichheitssatzes. Die EuGH-Judikatur zu Sozialleistungen mag auf tönernen dogmatischen Füßen stehen, besitzt jedoch nur begrenzte Rückwirkungen auf die vertikale und horizontale Machtbalance im europäischen Verfassungsverbund.

Eine Betrachtung der kontroversen Urteile des vergangenen Jahrzehnts zeigt ein zweites Streitfeld neben Sozialleistungen: der Aufenthaltsstatus von Familienmitgliedern aus Drittstaaten. Im „Ruiz Zambrano“-Urteil erlebte diese Diskussion einen neuen Höhepunkt, weil der Gerichtshof bei der dogmatischen Neuausrichtung der Unionsbürgerschaft die transnationale Ausrichtung der Marktbürgerschaft ganz offiziell hinter sich ließ. Das neue Institut der Kernbereichsdoktrin erfordert keinen grenzüberschreitenden Bezug und nimmt sich stattdessen des Schutzes von Einzelpersonen um ihrer selbst Willen an. Diese Abkehr von der Marktbürgerschaft hin

¹²⁷ Stellvertretend die Kritik von *Delanty*, (Fn. 26), S. 63-72; *Příbání*, *The Juridification of Identity, Its Limitations and the Search of EU Democratic Politics, Constellations* 16 (2009), S. 44-58.

zur Gestaltung sozialer Gerechtigkeit erscheint manchen als Rubikon zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft.

Beim weiteren Ausbau der Unionsbürgerschaft wird der Gerichtshof erneut mit den strukturellen Grenzen seiner Rechtsprechung konfrontiert. Zum einen widerstehen die Mitgliedstaaten (sowie deren Verfassungsgerichte) einer richterlichen Erstreckung der Unionsbürgerrechte auf Sachverhalte, die in Übereinstimmung mit Art. 51 GRCh der nationalen Regelungsautonomie unterfallen. Zum anderen beschneidet der Gerichtshof durch eine expansive Handhabung der Unionsbürgerrechte für drittstaatsangehörige Familienmitglieder die vertraglichen Vorrechte des EU-Gesetzgebers sowie der nationalen Parlamente bei der Ausgestaltung des Migrationsrechts. Dessen ungeachtet bestehen unterschiedliche Konzeptionen über die Bedeutung der supranationalen Unionsbürgerschaft fort. Es gibt nicht den einen richtigen Standpunkt, wie Bürgerschaft in Europa zu konzipieren ist. Über deren Inhalt darf und muss gestritten werden. An dieser Diskussion kann der EuGH sich beteiligen; ersetzen kann er die Debatte jedoch nicht.